

Een Europees privaatrecht als gemengd rechtsstelsel of

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (1998). Een Europees privaatrecht als gemengd rechtsstelsel of: naar een ius commune door vrij verkeer van rechtsregels. *Nederlands Juristenblad*, 73, 61-66.

Document status and date:

Published: 01/01/1998

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Een Europees privaatrecht als gemengd rechtsstelsel

of: naar een *ius commune* door vrij verkeer van rechtsregels

J.M. Smits*

Betoogd wordt dat Europese eenwording op het terrein van het privaatrecht langs de thans gekozen weg weinig succesvol zal zijn. Vanuit een rechtseconomische analyse van 'legal transplants' komt de auteur tot een alternatieve visie op de ontwikkeling van een Europees privaatrecht door 'vrij verkeer van rechtsregels'.

1. Hoe tot een Europees privaatrecht te komen?

De meest in het oog springende ontwikkeling in het privaatrecht van het afgelopen decennium is zonder enige twijfel de 'Europeanisering' van het vakgebied. De wens om te komen tot een Europees privaatrecht heeft — los van het al langer bestaande 'Richtlijnen-recht' — geleid tot een stortvloed aan wetenschappelijke publicaties,¹ een tiental nieuwe tijdschriften,² ferme politieke stellingnames van diverse nationale en internationale organen en teksten waarmee wordt beoogd een eerste aanzet tot een Europees privaatrechtelijk *ius commune* te geven. Zou men enkel afgaan op de toon die uit veel dezer geschriften spreekt, dan is men geneigd te denken dat de totstandkoming van een Europees privaatrecht nog enkel een kwestie is van het opstellen van regels of beginselen door daartoe aangewezen commissies of instellingen. Niet langer de vraag *of* een Europees privaatrecht wenselijk is, zelfs niet zozeer die *hoe* het kan worden bereikt, maar nog slechts de vraag *wanneer* het daar is, lijkt in veel publicaties voorop te staan.

Ook in deze bijdrage staat de wenselijkheid om te komen tot een Europees privaatrecht buiten twijfel. Het praktisch belang is evident: ter rechtvaardiging is er op gewezen dat wil een gemeenschappelijke Europese binnenmarkt werkelijk worden gecreëerd, een uniform privaatrecht absoluut vereist is.³ Dit puur economische motief wordt doorgaans toegelicht aan de hand van het voorbeeld van Italië en Duitsland: daar zag men in resp. 1866 en 1900 een unificatie van recht die volgde op de politieke en economische integratie in die landen.⁴ Kennelijk moeten integratie en unificatie hand in hand gaan. Maar het is niet slechts een praktisch belang dat tot unificatie noopt; ook in wetenschappelijk opzicht is het een uitdaging om te trachten tot een uniform privaatrecht te komen dat de vermeende tegenstellingen tussen *civil law* en *common law* kan opheffen. Wat in deze bijdrage evenwel wordt betwist, is *de wijze waarop* een *ius commune* moet worden bereikt. Bestreden wordt dat dit mogelijk is op de wijze die thans doorgaans wordt voorgestaan. Daartoe wordt eerst nagegaan welke de huidige methoden tot eenwording zijn en wat de daaraan verbonden nadelen zijn. De hoofdmoot van het artikel bestaat uit het wijzen van een alternatieve weg naar een Europees privaatrecht, een weg die veel meer in overeenstemming is met de historische ontwikkeling van het vóór de codificaties bestaande *ius commune* waarop de aanhangers van een Europees privaatrecht zich zo graag beroepen.

2. De huidige methoden van privaatrechtseenwording: poging tot karakterisering

* Universiteit Maastricht.

¹Voor een overzicht Ewoud Hondius, General Introduction, in: Towards a European Civil Code, Nijmegen 1994, p. 13 v., aangevuld in bijv. De Groot/Schneider, in: Bleckmann (ed.), Europarecht, 6. Aufl. 1997, p. 480 v.

²In Nederland worden uitgegeven: Maastricht Journal of European and Comparative Law (1994), European Review of Private Law (1993), Tilburg Foreign Law Review (1991).

³Zie bijv. de bijdragen van Taschner en Hayder in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1993, p. 155 v.

⁴Ole Lando, Principles of European Contract Law, RabelsZ 56 (1992) p. 262.

Grofweg kunnen de pogingen een Europees privaatrecht te creëren in drie categorieën worden onderverdeeld. Zij worden alle drie gekenmerkt door een *van bovenaf* opleggen of formuleren van regels of beginselen. De meest bekende methode is die van harmonisatie via EU-richtlijnen. De weg is op privaatrechtelijk terrein met name gevolgd om een uniforme bescherming van de consument te bewerkstelligen: richtlijnen inzake colportage (1985), produktenaansprakelijkheid (1985), consumentenkrediet (1986), de reisovereenkomst (1990), algemene voorwaarden (1993) en timesharing (1994) zijn belangrijke voorbeelden. Opgemerkt is wel dat de consumentenbescherming de motor van de privaatrechtelijke ontwikkeling binnen de Europese Unie is.⁵ Maar zijn aandrijfkraft is beperkt: richtlijnen leiden tot een Europees privaatrecht op maar zeer beperkt terrein dat ook nog eens fragmentarisch van aard is. Het voert tot enkele Brusselse stenen in het nationale privaatrechtelijke gebouw.⁶ Het karakter van harmonisatie — de einddoelen worden centraal geformuleerd maar de wijze waarop zij worden bereikt staat vrij aan de lidstaten — brengt bovendien met zich mee dat in eerste instantie de lidstaten (lees: hun regeringen) zorg hebben te dragen voor het in overeenstemming brengen van hun recht met de richtlijn. Door die inbedding in het nationale privaatrecht is het moeilijk om *nadat* de richtlijn eenmaal is uitgevaardigd, te achterhalen in hoeverre bij de implementering en interpretatie door de rechter nog werkelijk sprake is van uniformiteit.⁷

Overigens doet het eerste bezwaar zich niet zo gevoelen. Dat is opmerkelijk: men zou verwachten dat geïsoleerde stukjes 'Europees' recht in de nationale, organisch gegroeide, privaatrechtsordening niet slechts vreemde eenden in de bijt, maar zelfs het klassieke privaatrechtelijke systeem aantastende virussen zijn. Praktisch valt dit echter mee. Wellicht dat de verklaring hierin ligt: over het consumentenrecht is meermaals opgemerkt dat het geen 'werkelijk' burgerlijk recht is maar veeleer een verzameling regels van technische aard met een meer administratiefrechtelijk karakter.⁸ Als dit juist is, wordt de grotendeels op autonomie gebaseerde systematiek van het privaatrecht, door dergelijke regels niet aangetast. De redenering dat de pretenties ten aanzien van een Europees privaatrecht zich tot nu toe hebben beperkt tot het opstellen van regels van meer technische aard *omdat* daarmee het traditionele systeem niet aangetast wordt, kan men echter moeilijk volhouden.

In de tweede plaats immers is meer recent de gedachte ontstaan dat een integraal Europees Burgerlijk Wetboek (EBW) tot de mogelijkheden behoort. Het Europees Parlement heeft zowel in 1989⁹ als in 1994¹⁰ resoluties aanvaard die oproepen tot een privaatrechtelijke unificatie op terreinen van groot belang voor de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt. In 1980 al waren de werkzaamheden van de commissie Lando voor de samenstelling van 'Principles of European Contract Law' met financiële steun van de Europese Commissie aangevangen. Dat hiervóór zou pleiten dat aldus een kader ('a common legal environment') wordt verschaft aan de richtlijnen, neme men na het bovenstaande met een korreltje zout.¹¹ De ware achtergrond is uiteraard dat unificatie de handel bevordert. In het eerste artikel van de 'Lando Principles'¹² wordt dan ook opgemerkt dat zij bedoeld zijn als algemene beginselen van contractenrecht in de EU, dat ze *zullen* worden toegepast waar partijen dat overeenkomen en *mogen* worden toegepast als uitwerking van de *lex mercatoria* of waar partijen geen toepasselijk recht hebben bepaald of het wel toepasselijke recht geen oplossing biedt.

De Principles hebben daarmee de status van 'soft law'. Veel zegt dat niet: de term 'soft law' is een verzamelnaam voor allerlei regels die niet van staatswege worden afgedwongen maar bijvoorbeeld

⁵Winfried Tilmann, Towards A European Civil Code, ZEuP 5 (1997) p. 595 v. Voor een overzicht van richtlijnen Peter-Christian Müller-Graff, Private Law Unification by Means other than of Codification, in: Towards a European Civil Code, o.c., p. 30 v.

⁶Oliver Remien, RabelsZ 60 (1996) p. 8.

⁷Zie bijv. Müller-Graff, o.c., p. 22 v. Voor andere bezwaren tegen harmonisatie via richtlijnen Kapteyn/Verloren van Themaat, Introduction to the law of the EC, Deventer, 2nd ed., Deventer 1989, p. 478 v.

⁸Zie de discussie bij Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996, p. 718 v. Hiervoor pleit ook dat juist bij de minder consument-gerichte produktenaansprakelijkheid wel problemen rijzen.

⁹Resolution on Action to Bring into Line the Private Law of the Member States, O.J. EC 1989 C 158/400.

¹⁰Resolution on the Harmonization of Certain Sectors of the Private Law of the Member States, O.J. EC 1994 C 205/518.

¹¹Lando, o.c., p. 265. Tekenend is dat in de toelichting bij het Lando-ontwerp de richtlijnen ook zelden worden aangehaald.

¹²Lando/Beale (eds.), Principles of European Contract Law, Part 1, Dordrecht 1995.

wel als een te bereiken ideaal worden beschouwd.¹³ Het precieze karakter van de Lando Principles is niet zeer duidelijk. Afgaande op de preambule is de doelstelling nogal bescheiden, maar in het merendeel van de inmiddels overvloedige literatuur behandelt men de Principles alsof zij een even volwaardig rechtsstelsel vormen als een in de loop van eeuwen ontwikkeld nationaal recht aan de hand waarvan men zonder meer geschillen kan oplossen. Men vergelijkt dan de oplossing naar nationaal recht met die volgend uit de Principles, hoewel bij de laatste enige casuïstiek van toepassing vooralsnog ontbreekt. Ik durf de stelling aan dat in het denken over een Europese codificatie de afgelopen jaren een, wellicht onbewuste, omslag heeft plaats gehad. Meende men aanvankelijk dat het ontwerpen van Principles een nuttig project was, maar zonder veel waarde voor de praktijk, thans ziet men deze als de voorloper van een Europees BW dat nu juist *geen* soft law zal zijn maar een bindend, door de daartoe bevoegde organen van de Unie, opgelegd instrument.

Ter adstruering het volgende: bij de aanvang van het Principles-project maakte men zich niet bezorgd over de geringe uniformerende werking die van deze uit zou gaan. Daarvoor waren de Principles eenvoudigweg niet bedoeld. Inmiddels, wellicht beïnvloed door de beide resoluties van het Europees parlement, is dat wel anders. Niet slechts auteurs maken zich zorgen over de 'softe' status der Principles,¹⁴ ook politiek is de vraag uiterst actueel. Op het recent onder het Nederlands voorzitterschap van de Europese Unie gehouden congres onder de titel 'Towards a European Civil Code'¹⁵ was vrijwel de gehele ochtendzitting gewijd aan de vraag welke *grondslag* in het gemeenschapsrecht kan worden gevonden voor de bevoegdheid dwingende privaatrechtelijke regels op te leggen: is een apart verdrag nodig, biedt art. K3 van de 'third pillar' een grondslag of moet zij misschien in art. 100 en 100a EGV worden gevonden? Kortweg: de vraag was hoe van soft law dwingend recht te maken. De nadruk lag daarmee niet op de inhoudelijk-privaatrechtelijke aspecten, maar op de bevoegdheidsvraag: de Principles kan men, desnoods gewijzigd, overnemen in een Europese codificatie *mits* er maar een grondslag in het Gemeenschapsrecht zou zijn te vinden voor een *opleggen* daarvan.

In de derde plaats wordt ook de meer traditionele methode van unificatie, namelijk via bindende verdragen, gekenmerkt door een van staatswege opleggen van recht aan organen dat dit moeten uitvoeren. Ik noem deze methode als laatste omdat vrijwel geen uniform materieel vermogensrecht op deze wijze is geschapen. Interessant is de achtergrond daarvan: daar unanimiteit en ratificatie vereist zijn, kan het verdrag als bindend instrument juist op het terrein van privaatrechtelijke unificatie geen grote rol vervullen.¹⁶ Waar — in ander dan Europees verband — wel bindend verdragenrecht is gemaakt, leidde dit tot óf een afstemming op één bepaald rechtsstelsel (Haagse Koopverdragen) óf een bij wijze van compromis vluchten in vage formuleringen (Weens Koopverdrag). Opmerkelijk is dat waar kennelijk ten aanzien van verdragen doorgaans het idee heeft bestaan dat de verschillen tussen stelsels te groot waren om *langs bindende weg* tot een succesvolle unificatie te komen, thans een speurtocht is begonnen naar het zoeken van een Gemeenschapsrechtelijke grondslag om toch een EBW af te dwingen.

De huidige pogingen te komen tot een Europees privaatrecht kunnen hiermee worden gekarakteriseerd als vrijwel geheel *autoritair* van aard. Het EBW is veel meer een politieke uitdaging dan een juridische. Dat is opmerkelijk: in de nationale stelsels heeft het rechtspositivisme grotendeels afgedaan. Zelfs in Nederland, waar men met de invoering van het BW een grotere fixatie op de van staatswege gegeven regels mag verwachten, heeft de rechter een zo grote vrijheid dat *hij* in essentie bepaalt wat rechtens is. Om tot een Europees privaatrecht te komen langs opgelegde weg, is daarmee in elk geval niet in overeenstemming met de juridische *Zeitgeist* omdat het getuigt van een geloof in een centralistische politieke autoriteit: de gedachte dat de Europese Unie in staat zou zijn een uniform recht, gekoppeld aan rechtszekerheid en voorspelbaarheid, te creëren enkel door het invoeren van een uniforme tekst, getuigt van een visie op het recht uit de wereld van Napoleon: een erfenis van een simplistisch en mechanistisch wereldbeeld der positivisten.¹⁷

¹³Zie Petar Sarcevic, Unification and 'Soft Law', in: *Conflicts et harmonisation* (Mélanges Von Overbeck), Fribourg 1990, p. 91.

¹⁴Bijv. Müller-Graff, o.c., p. 27.

¹⁵Den Haag 28 februari 1997. Zie daarover NJB 1997, p. 637 v. en ZEuP 5 (1997) p. 595 v.

¹⁶Vgl. Gerhard Kegel, *Internationales Privatrecht*, 7. Aufl., München 1991, p. 60 v.

¹⁷Aldus Pierre Legrand, *Against a European Civil Code*, *Modern Law Review* 60 (1997) p. 59: 'the idea of a European Civil Code belongs to another era'.

Maar dat een bindend opgelegd Europees privaatrecht niet in het tijdbeeld past, is uiteraard nog geen reden de pogingen een Europees privaatrecht te creëren, op te geven. Het is voor een nadere verdieping nuttig de in de Nederlandse literatuur nooit bediscussieerde argumenten van de meest uitgesproken tegenstander van een EBW, Pierre Legrand, naar voren te brengen.

3. Een succesvol Europees privaatrecht?

Legrand, als Canadees als geen ander op de hoogte van de moeizame verhouding van Anglo-Amerikaans en continentaal-Europees recht in eigen land, heeft zijn bezwaren tegen een EBW in een reeks artikelen naar voren gebracht.¹⁸ Zijn belangrijkste stelling luidt dat door enkel het opstellen van uniforme *regels* nog geen uniform *recht* wordt bereikt. Het recht bestaat immers uit veel meer dan enkel in naam geüniformeerde regels: welke betekenis een regel heeft in een bepaalde culturele en nationale setting kan pas worden bepaald door die laatste te bestuderen. De juridische *mentalités* binnen diverse culturen zijn nu eenmaal verschillend.¹⁹ Zelfs onoverbrugbaar zijn zij waar het gaat om het onderscheid tussen continentaal en Engels recht: epistemologisch wordt in de *common law* inductief geredeneerd met de bijbehorende nadruk op feiten en juridische uitspraken, in de *civil law* staat de systematisering centraal.²⁰ Waar de civilist tracht om een juridische uitspraak te rationaliseren in een logisch systeem, daar heeft de Anglo-Amerikaanse jurist een afkeer van formele regels en maakt deze een *bewuste* keuze voor het uitbannen en tegengaan van continentale civielrechtelijke invloed. Die keuze komt voort uit onoverbrugbare culturele verschillen: een Engels kind is al een *common-law-lawyer-in-being*, lang voordat het zelfs maar weet dat het ooit rechten zal gaan studeren.²¹ Er kan nog zoveel Europese wetgeving komen, de Engelsman zal er als een *common lawyer* naar kijken, de Fransman als een civilist. Dat voert Legrand naar de pregnante conclusie dat 'legal systems (...) have not been converging, are not converging and will not be converging'.²²

Het argument dat een uniforme *tekst* zonder uniforme rationaliteit en moraliteit om deze te effectueren, nooit tot een uniform *recht* kan leiden, ondersteunt Legrand met een aantal bijkomende argumenten.²³ Zo is het hele idee van een Europese codificatie arrogant omdat daarmee het wereldbeeld van de continentale jurist als beter wordt opgelegd aan de *common lawyer*. Zij hebben elk een concurrerende weergave van de werkelijkheid en wie een privaatrechtelijke codificatie predikt, beschouwt de Anglo-Amerikaanse werkelijkheid als waardeloos. Enkel in het belang van de Europese economie is een EBW gewenst en daarvoor moeten culturele verschillen verdwijnen. Bovendien is de suggestie dat Europa met een EBW terugkeert naar een Gouden Eeuw met een waar *ius commune* misleidend omdat het Engelse recht daaraan nooit deel had.

Wat hiervan te denken? Het betoog van Legrand kan in essentie als juist worden gewaardeerd. Inderdaad is er een onderscheid tussen de Engelse juridische stijl met veel oog voor het detail en de continentale stijl met een nadruk op abstracties. Boeiend is Legrands opmerking dat dit bijvoorbeeld blijkt uit de wijze van bestuderen van uitspraken in de beide *mentalités*. Geparafraseerd en getransformeerd naar de Nederlandse situatie: de precieze casus in het arrest Lindenbaum/Cohen of Blaauboer/Berlips is voor een Nederlander veel minder interessant dan de uitspraak die de Hoge Raad deed: wie onderwijs geeft aan een Nederlandse Universiteit, wenst in de eerste plaats dat de student de regel kent, de casus komt als veel minder relevant op de tweede plaats. Anders is het in Engeland en Amerika: daar kan de rechtsregel nooit worden gescheiden van de feiten en wees de student die de casus niet kent en die niet kan vergelijken met andere gevallen.²⁴

Daarmee schat Legrand de kans dat een EBW succesvol zal zijn terecht klein in. Zoals zojuist aangegeven, past een positivistisch wereldbeeld niet in de huidige tijd: hoe zou door een enkele uniforme tekst een uniform recht kunnen ontstaan wanneer een gemeenschappelijke (juridische) cultuur

¹⁸Pierre Legrand, European legal systems are not converging, ICLQ 45 (1996) P. 52 v., dez. Sens et non-sens d'un Code Civil Européen, RIDC 1996, p. 779 v., dez., Against a European Civil Code, Modern Law Review 60 (1997) p. 44 v.

¹⁹Legrand 1996, p. 60, vgl. 1997, p. 59: 'jus is not reducible to lex'.

²⁰Legrand 1996, 74 v., Legrand 1997, p. 46 v.

²¹Legrand 1997, p. 51.

²²Legrand 1996, p. 61-62.

²³Legrand 1997, p. 56 v.

²⁴Vgl. Legrand 1997, p. 49-50.

— o.a. bepalend voor de uitleg en aanvulling der uniforme bepalingen — in Europa ontbreekt? Het voorschrift dat interpretatie van het EBW niet naar nationaal recht maar in overeenstemming met de beginselen die er aan ten grondslag liggen moet geschieden — zoals ook in verdragen gebruikelijk — zal wel weinig houvast bieden.

Toch heeft Legrands betoog een zwakke stee. Bij nadere analyse blijkt hij namelijk niet zozeer tegen een Europees privaatrecht te zijn, maar veeleer tegen een Europees wetboek dat *van hogerhand* wordt opgelegd en waarmee nationale culturele verschillen centralistisch worden 'weggeterroriseerd.' Bijna zijn gehele argumentatie is daartegen gericht.²⁵ De bezwaren van Legrand zijn dus *to the point* waar men een Europees privaatrecht langs centralistische weg wil bereiken, maar niet voor andere methoden. Kortweg: een *droit commun légiféré* is voor hem bereikbaar maar niet gewenst. Een andere methode, bijvoorbeeld langs de weg van wetenschap of onderwijs, acht hij gegeven het nationale juridisch positivisme illusoir.²⁶ Over die derde weg, die van een Europees privaatrecht langs andere dan centralistische weg, laat Legrand zich niet uit, anders dan dat 'difference (is) to act as the pertinent dialogical vehicle between European legal traditions'.²⁷

Maar dat een Europees privaatrecht *zonder* een centralistisch opgelegd EBW en *met* instandhouding van de nationale culturele verschillen toch mogelijk is, hoop ik in het navolgende aan te tonen. Het gaat mij daarbij niet om al eerder naar voren gebrachte alternatieven als de ontwikkeling van een nieuwe Europese traditie door de rechtswetenschap,²⁸ een terugval op het oude *ius commune*,²⁹ een wederzijdse erkenning door lidstaten van elkaars regels,³⁰ Europees onderwijs³¹ of de 'ontdekking' van een *lex mercatoria*.³² Al deze methoden hebben namelijk gemeen dat zij niet het Europees privaatrecht creëren waar het, ook in de visie van het Europees Parlement, nodig is: in *het rechtsleven zelf*. Een Europees privaatrecht moet ontstaan omdat de partijen en de rechters die het toepassen zelf van zijn belang zijn overtuigd en het zelf ontwikkelen.

4. Receptie van recht: een rechtseconomische analyse

Opvallend in de discussie omtrent de mogelijkheid van een Europees privaatrecht is dat één aspect waarvan men zou mogen aannemen dat het een zeer belangrijke rol vervult, vrijwel onbesproken blijft. Inzicht namelijk in de manier waarop een (privaat)rechtssysteem zich ontwikkelt en zich in het verleden ontwikkeld heeft, kan doen beseffen wat de meest succesvolle weg naar het Europees privaatrecht van de toekomst is. Onverschillig hoe een toekomstig gemeenschappelijk recht er uit zal zien, zeker is immers dat het de nationale rechtsstelsels in hoge mate zal veranderen. Inzicht in de dynamiek van die verandering vergroot ook het inzicht in de beste weg naar een Europees privaatrecht.

Dit brengt mij op een in Nederland bijna³³ verwaarloosd terrein: dat van de receptie van buitenlands recht in hedendaagse rechtsstelsels. Sinds Alan Watson in 1974 zijn boek 'Legal Transplants'³⁴ publiceerde, is in veel Europese landen en in de VS de aandacht voor dit fenomeen explosief gegroeid. Juridische 'transplantaties', ook wel gewoon 'legal borrowing' genoemd, komen er op neer dat in een bepaald rechtsstelsel een regel of leerstuk uit een ander stelsel wordt 'ingeplant'. Ook kan een geheel rechtssysteem worden overgenomen. Dit kan centralistisch gebeuren (invoering van de Code Napoléon in Nederland), maar meestal zullen buitenlandse regels of leerstukken 'geleend' worden omdat

²⁵Hoewel hij de wenselijkheid ook expliciet ontkent (Legrand 1996, p. 62) hetgeen niet geheel in overeenstemming lijkt met zijn opmerkingen (Legrand 1997 p. 62), waar hij toch de vraag stelt hoe begrip zonder 'terrorising' civil law of common law mogelijk is.

²⁶Legrand 1996 p. 53.

²⁷Legrand 1997, p. 62.

²⁸Reiner Schulze, *Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgeschichte*, in: Müller-Graff (Hrsg.), o.c., p. 71 v.

²⁹Vgl. Reinhard Zimmermann, *bijv. Savigny's Legacy*, *Law Quarterly Review* 112 (1996) p. 576 v.

³⁰F. De Ly, *Europese gemeenschap en privaatrecht*, oratie Rotterdam 1993, Zwolle 1993.

³¹Axel Flessner, *Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung*, *RabelsZ* 56 (1992) p. 243 v.

³²Vgl. de bijdragen voor het Symposium 'Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung', *RabelsZ* 56 (1992) p. 215 v.

³³Bij mijn weten is het thema voor het positieve recht alleen grondig verkend door A.J.M. Kunst, *Receptie en Concordantie van Recht*, rede Willemstad 1973. Rechtshistorici houden zich natuurlijk wel bezig met de receptie van Romeins recht.

³⁴Edinburgh 1974. Zie ook *dez.* in *bijv. Society and Legal Change*, Edinburgh 1977.

zij in het 'importerende'³⁵ land in een behoefte kunnen voorzien. Wanneer voor een bepaald probleem in een ander land reeds een juridische oplossing is bedacht, zou het immers inefficiënt zijn daarvan niet te profiteren in het eigen land.

Watson noemt dit fenomeen de belangrijkste factor in de juridische ontwikkeling: 'most changes in most systems are the result of borrowing'.³⁶ De overeenkomsten die tussen veel rechtsstelsels bestaan, zijn ook grotendeels het resultaat van 'legal transplants'. Tot in de negentiende eeuw vonden zij vooral plaats binnen Europa (waar zij leidden tot het zo geroemde *ius commune*), daarna ook tussen Europese landen en (vooral) de VS en Japan. Voorbeelden zijn er in het privaatrecht te over: nog afgezien van moderne handelsrechtelijke en financiële instrumenten — met behoud van hun Engelse benaming vooral geïmporteerd uit de VS — als trusts, swaps, franchising en sale and lease back — is een veelheid aan 'klassieke' privaatrechtelijke begrippen door receptie tot recht geworden. Uit de periode na 1945 valt te denken aan het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen dat, ontwikkeld in het Belgische recht, gerecipieerd werd in o.a. Nederland en Frankrijk; de risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige produkten is gebaseerd op de Amerikaanse doctrine *terzake*; de Nederlandse algemene voorwaarden-regeling is geïnspireerd door het Duitse AGB-Gesetz; het Nederlandse recht is de afgelopen jaren op zijn beurt inspiratiebron geweest voor het opstellen van een Burgerlijk Wetboek in voormalige Oostblok-landen.³⁷

Voor mijn betoog is nu interessant te weten waardoor de receptie van buitenlandse ideeën en rechtsregels precies wordt bepaald: waarom vindt zij plaats? Natuurlijk speelt het prestige (niet veel anders dan de kwaliteit) van de regel en de macht van een bepaald land een rol. Zo ging van de prestigieuze Duitse Pandektenwetenschap een grote invloed uit op niet alleen continentale stelsels, maar ook op het Engelse recht en indirect zelfs op het Amerikaanse. Pollock en Maitland zagen zich als leerlingen van Von Savigny.³⁸ De afgelopen decennia verlopen de transplantaties grotendeels in omgekeerde richting en profiteert men in Europa meer van Amerikaans recht dan andersom.³⁹

Men is tegenwoordig, onder rechtseconomische invloed, echter geneigd om de reden voor een transplantatie mede te zoeken in economische efficiëntie:⁴⁰ slechts transplantatie van *efficiënte* regels vindt plaats. Mattei ziet de aanvaarding van rechtsregels bijvoorbeeld als de uitkomst van een competitie: ieder rechtsstelsel levert verschillende regels voor de oplossing van een bepaald probleem. Op een 'market of legal culture', waar de aangeboden regels aan de vraag van de gebruikers trachten te voldoen, komt uiteindelijk de meest efficiënte regel als overwinnaar uit de bus.⁴¹ Men ziet dit bijvoorbeeld bij de trust: een in oorsprong Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur wordt meer en meer gebruikt in continentaal-Europa omdat de mogelijkheden die de trust biedt (een beperkte 'goederenrechtelijke' bescherming met omzeiling van de continentale *numerus clausus* van zakelijke rechten) veel groter zijn dan wat met continentale begrippen bereikt kan worden: men moet dan doorgaans zijn toevlucht nemen tot het contractenrecht zodat slechts persoonlijke rechten ontstaan. Dat de vrager op de 'markt' thans deels heeft gekozen voor de trust, blijkt ook uit het Haags Trustverdrag 1985 omtrent erkenning van de Anglo-Amerikaanse trust (een internationaalrechtelijke formaliteit die in mijn visie overigens overbodig is).⁴²

Een rechtseconomische wet is wel dat men alleen een juiste keuze kan maken indien men beschikt over alle vereiste informatie. Zo ook hier: indien men niet alle beschikbare rechtsregels kent, zal de meest efficiënte regel niet gloriëren in de juridische arena. Naarmate een rechtsstelsel dan ook

³⁵Gebruik van de termen 'import' en 'export' in dit verband gaat terug op Eric Agostini, *Droit comparé*, Paris 1988, p. 243 v.

³⁶Legal Transplants, p. 94.

³⁷Zie daarover bijv. F.J.M. Feldbrugge, Het nieuwe Burgerlijk Wetboek van de Russische Federatie, RMTh 1997, p. 43 v. en mijn nationaal rapport voor het 15th International Congress of Comparative Law (verschijnt 1998).

³⁸Zie Michael H. Hoeflich, Savigny and his Anglo-American Disciples, AJCL 37 (1989) p. 17 v. en Mathias Reimann (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, Berlin 1993.

³⁹Ugo Mattei, Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law, AJCL 42 (1994) p. 199; Europa is nu een 'follower'.

⁴⁰Zie vooral Ugo Mattei, Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative law and Economics, *International Review of Law and Economics* 14 (1994) p. 3 v.

⁴¹Mattei, o.c., p. 8 en Ugo Mattei en Francesco Pulitini, A Competitive Model of Legal Rules, in: Breton et al (eds.), *The Competitive State*, Dordrecht 1991, p. 207 v.

⁴²Vgl. nog Mattei, Efficiency, o.c., p. 9-10.

meer positivistisch en een land meer nationalistisch is, is het recht er minder efficiënt. Wie meent dat enkel van staatswege erkend recht positief recht kan zijn, is niet in staat te profiteren van elders opgestelde regels bij het beslissen van een concreet geschil.

5. Naar een Europees privaatrecht als gemengd rechtssstelsel

Welke les omtrent de ontwikkeling van een Europees privaatrecht kan hieruit nu worden getrokken? Mijns inziens een zeer belangrijke: één van de effecten van het zojuist beschreven proces van juridische ontwikkeling is namelijk dat uiteindelijk *unificatie* zal optreden: indien de juridische markt goed werkt, blijft immers maar één regel over die kennelijk door de 'vragers' als de beste wordt ervaren. Wij zijn ons daarvan niet zeer bewust, maar dat ook thans het privaatrecht in de meeste Europese landen al gedeeltelijk uniform is, is het gevolg van dit proces. Het voormalige *ius commune* waarop de aanhangers van een Europees privaatrecht zich zo graag beroepen, ontstond precies langs deze weg en niet door een bindend opleggen door een centralistische overheid. Dat het recht juist in Engeland afwijkt, is het gevolg van de geïsoleerde positie die dit land altijd heeft ingenomen.

Ik pleit er nu voor om dit 'natuurlijke' proces van receptie van rechtsregels de vrije loop te laten. Wanneer handelspartners, rechters en anderen betrokken bij het vormgeven van privaatrechtelijke verhoudingen (zoals advocaten en branche-organisaties), in staat zijn om een keuze te maken uit een zo groot mogelijk arsenaal aan oplossingen, zal in een proces van *trial and error* uiteindelijk de beste regel zegevieren. In het meest dynamische onderdeel van het recht, het contractenrecht, heeft een dergelijk proces zich reeds grotendeels voltrokken: dat de Lando-commissie in staat was beginselen op te stellen die met veel instemming zijn begroet, is tekenend. Langs deze weg zal het Europees privaatrecht uiteindelijk een zg. 'gemengd rechtssstelsel' worden: elementen uit de Europees-continentale en uit de Engelse traditie gaan op in een smeltkroes zoals eerder in Zuid-Afrika en Schotland ook gebeurde, landen die worden geprezen om hun flexibele rechtssysteem.⁴³ Ik pleit dus voor, meer pregnant geformuleerd, een *vrij verkeer van rechtsregels*.

Unificatie door vrij verkeer van rechtsregels heeft drie belangrijke voordelen ten opzichte van de thans gekozen centralistische weg. In de eerste plaats ontstaat unificatie in de praktijk zelf en niet door een van bovenaf opgelegde *tekst* met het grote risico van mislukken omdat deze nog geen uniform *recht* oplevert. In mijn opvatting is er geen opleggen, maar een *kiezen* van het kwalitatief beste recht door de instanties die dit zelf ook in de toekomst moeten hanteren. Wanneer zelfs bij een richtlijn als die inzake de produktenaansprakelijkheid, Frankrijk deze twaalf jaar na afkondiging nog niet heeft geïmplementeerd, hoe zou dan kunnen worden verwacht dat een *opgelegd* EBW wel ingang zou vinden? Omdat het Europees privaatrecht in de praktijk zelf ontstaat, is er niet de door Legrand gevreesde monopolisering van het ene juridische wereldbeeld door het andere.

In de tweede plaats ontstaat op deze wijze alleen daar waar er daadwerkelijk behoefte aan bestaat een uniform recht; dit is in overeenstemming met de visie van het Europees Parlement dat alleen voorzover de interne markt het eist opriep tot een EBW. Immers: het handelsverkeer zelf bepaalt in hoeverre de nationale rechten worden aangepast. De motor van de Europese eenwording, de economie, is tevens de motor van de unificatie en dat dan bijvoorbeeld erfpacht of mandeligheid een uniforme regeling verkrijgen, is niet vereist. Voor zover unificatie langs deze weg ongewenste effecten heeft, met name omdat de bescherming van consumenten in het gedrang komt, kunnen richtlijnen worden uitgevaardigd, zoals dat ook nu reeds gebeurt.

In de derde plaats is een gemengd rechtssstelsel als hier voorgestaan vatbaar voor verandering, waar wijziging van centralistisch opgelegde regels veel moeilijker is. Dat de Lando Principles thans op instemming kunnen rekenen, komt deels omdat zij een *lex mercatoria* verwoorden, geheel in overeenstemming met de grotendeels economische doelstellingen van de Europese Unie. Maar in een Europa waarin de sociale rechtvaardigheid meer centraal staat, zijn andere rechtsregels gewenst. Zo lijkt de contractsopvatting waarvan de Principles uitgaan, met een grote nadruk op de autonomie van partijen, minder goed te passen in moderne ideeën over 'contractual justice'.⁴⁴ Indien geen codificatie

⁴³Zie de bijdragen aan Esin Örtücü et al (eds.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague 1996.

⁴⁴Zie concept-art. 2.101. Zie voor gelijke kritiek op de Unidroit Principles en verwijzingen naar moderne ideeën mijn bijdrage aan Europees contractenrecht (BW-krant Jaarboek 1995), Arnhem 1995, p. 127 v.

plaatsvindt, is aanpassing langs de hier voorgestane natuurlijke weg eenvoudig. Rechtseconomisch geformuleerd: de vragers op de juridische markt wensen thans rechtsregels die een economisch doel verwezenlijken. Maar een vrij verkeer van rechtsregels garandeert dat zodra een ander doel gewenst is, de markt óók daarvoor regels aanbiedt. Ter regulering van contracten zijn immers zowel klassieke regels inzake de bindendheid voorradig als mechanismen die een partij in staat stellen te ontsnappen aan de contractsband. Een kwalitatief hoogwaardige aanbieder is hier het Nederlands BW dat verfijnde afwegingen biedt op het terrein van ondermeer de overmacht (art. 6:75) en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2).

Als bezwaar tegen unificatie door een vrij verkeer van regels is men geneigd aan te voeren dat het lang kan duren voordat een geüniformeerde regel evolueert. Mijns inziens valt dit mee: de *trust* is een typisch voorbeeld van een succesvolle receptie op zeer korte termijn. Maar belangrijker: naar mijn overtuiging is dit slechts een schijnargument. Zoals betoogd is het alternatief immers het opleggen van een uniforme tekst die nog niet leidt tot een uniform recht maar integendeel averechts zal werken omdat de markt wordt verstoord: zij die gebruik maken van de uniforme tekst, zijn geneigd mogelijke andere regels en oplossingen niet langer in ogenschouw te nemen. Wat de snelste weg naar een *succesvol* Europees privaatrecht is, staat daarmee buiten twijfel. De keuze is deze: óf een Europees wetboek dat slechts in schijn uniformiteit creëert óf geen wetboek maar wel een uniform én flexibel recht door vrij verkeer van rechtsregels.

6. Ten slotte

De hier verdedigde visie op uniform recht lijkt te getuigen van een onvoorwaardelijk geloof in het spel der maatschappelijke krachten. Gesimplificeerd luidt zij immers: op een interne markt zonder belemmeringen voor de handel, ontstaat een Europees privaatrecht vanzelf. Wie mij dit als verwijt wil aanvoeren, werp ik tegen dat hij zich niet tot mij moet richten maar tot de Europese Unie: ik beoog slechts een model voor unificatie te bieden dat past in de communautaire doelstelling van economische integratie maar dat — zoals gezegd — evengoed bij een andere doelstelling zou passen. Bovendien is stimulering van het ontstaan van een juridische markt van rechtsregels wel degelijk mogelijk en zelfs vereist: de voorwaarden voor een vrij verkeer van regels dienen deels nog te worden geschapen. Zo moet de rechtswetenschap voortgaan op het huidige pad van toegankelijk maken van de oplossingen die in diverse Europese landen voor eenzelfde probleem zijn gekozen.⁴⁵ Het vervaardigen van Principles, niet alleen inzake het contractenrecht maar ook voor het goederen- en onrechtmatige daadsrecht, is eveneens belangrijk. Dat de Lando-commissie de publicatie van haar Principles vergezeld doet gaan van rechtsvergelijkende gegevens omtrent de onderzochte landen moet worden toegejuicht omdat hun gebruikers zo de keuze houden tussen hetzij de voorgestelde uniforme regel hetzij een nationale oplossing. Men vrage zich dus niet af hoe een centralistische overheid een nieuw *ius commune* kan *creëren* door dit bindend op te leggen; een waarlijk Europees privaatrecht ontstaat waar het moet worden toegepast: in de praktijk.

⁴⁵Het boek van Hein Kötz en Axel Flessner over Europäisches Vertragsrecht (Tübingen 1996) is voorbeeldig.